Ist ein nicht rechtsfähiger Verein, der ein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 des Handelsgesetzbuches betreibt, eine offene Handelsgesellschaft?

Kann ein derartiger Verein, wenn er ein gewerbliches Unternehmen betreibt, das die Voraussetzungen des § 2 des Handelsgesetzbuches erfüllt, angehalten werden, sich als offene Handelsgesellschaft eintragen zu lassen?

Von

HANS COSMER KELK

Kammergerichtsreferendar.

ROAD HUMBAT HUMB

1904.

Druck von Adolf Gertz, Charlottenburg.

Ist ein nicht rechtsfähiger Verein, der ein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 des Handelsgesetzbuches betreibt, eine offene Handelsgesellschaft?

Kann ein derartiger Verein, wenn er ein gewerbliches Unternehmen betreibt, das die Voraussetzungen des § 2 des Handelsgesetzbuches erfüllt, angehalten werden, sich als offene Handelsgesellschaft eintragen zu lassen.

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät der Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

HANS COSMER KELK
Kammergerichtsreferendar.

Meinen wahren Freunden!

Inhalt.

I. Frage.

§ 1. I. Einleitung 11
Entstehung der Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Frage.
II. Begriff der offenen Handelsgesellschaft in vergleichender Darstellung zu dem in Frage stehenden nicht rechtsfähigen Vereine.
§ 2. 1. Betrieb des Handelsgewerbes 12
Interpretation des § 1 H. G. B.
§ 3. 2. Führung einer gemeinschaftlichen Firma 16
§ 4. 3. Haftung der Mitglieder 18
III. Wesen der offenen Handelsgesellschaft und des nicht rechtsfähigen Vereins.
§ 5. 1. Wesen der offenen Handelsgesellschaft: 25
Die offene Handelsgesellschaft ist eine Gesellschaft.
§ 6. 2. Wesen des nicht rechtsfähigen Vereins: 29
Der nicht rechtsfähige Verein ist keine Gesellschaft.
§ 7. IV. Beantwortung der Frage 39

II. Frage.

§ 8. Interpretation des § 2 H. G. B., insbesondere erläuternde Darstellung seiner Voraussetzungen 41
§ 9. Beantwortung der Frage 45
§ 10. Schlusswort 47

Litteratur.

Affolter, „Die rechtliche Natur der offenen Handelsgesellschaft“ im Archiv für bürgerliches Recht, Band V, Berlin 1891.

Allfeld, 2. Auflage von Anschütz und von Völderndorffs Kommentar zum allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. I. Band, I. Heft, Erlangen 1894.

Archiv für bürgerliches Recht von Kohler, Ring (auch Örtmann).

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, I. Band 1896.

Berger-Wilhelmi, Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, 16. Auflage. Berlin 1902.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen.

v. Bülow, Das Vereinsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig 1900.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Auflage, Jena 1901.

„ Lehrbuch des Handelsrechts, 3. Auflage und 5. Auflage, letztere Stuttgart 1900.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. I. Band 1900.

„ Handbuch des französischen Civilrechts, begründet von Zachariä von Lingenthal, 8. Auflage. Band I 1894.

Dahn, Handelsrechtliche Vorträge, Leipzig 1875: II „Über Handelsgesellschaften nach dem deutschen Handelsgesetzbuche“.

Denkschrift zum Entwurfe eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes (Reichstag, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/7) in v. Hahns gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. II. Band, 2. Abteilung, 1. und 2. Auflage. Halle 1901.

„ Pandekten, I. Band, 6. Auflage, Berlin 1900.

„ Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs. II. Band, 4. Auflage, Halle 1888.

Deutsche Juristen-Zeitung, herausgegeben von Laband, Stenglein, Staub. 5. Jahrgang.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. I. Band, Mannheim 1899.

Eccius, „Die Stellung der offenen Handelsgesellschaft als Prozesspartei“ in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band 32.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Lieferung 1, 2. Ausgabe, Berlin 1898.

Entscheidungen des Bundes-Oberhandelsgerichts, der Oberlandesgerichte im Jahrbuch für gesamtes Handelsrecht, des Obersten Landesgerichts München in „Das Recht“, des Reichsgerichts, des Reichs-Oberhandelsgerichts.

Fischer, Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, 2. Aufl., Berlin 1900.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 8. 1896, 2. Auflage, München 1898.

Gareis, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1900.

„ Das deutsche Handelsrecht. 6. Auflage, Berlin 1899.

Gelpcke, Zeitschrift für Handelsrecht. 2. Heft, Berlin 1852.

Gierke, Genossenschaftstheorie und deutsche Rechtsprechung.

Gierke, „Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht", Vortrag, gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 15. 12. 1900, im Archiv für bürgerliches Recht, 19. Band, Berlin 1901.

„ Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Rechte. 2. Aufl., Berlin 1902.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897. I. Band 1901.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, I. Band. 2. Auflage 1875.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge. 2. Auflage. Mannheim 1900.

v. Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche. I. Band. 2. Lieferung, 4. Auflage. Braunschweig 1894

Freiherr von Heintze, Der nicht rechtsfähige Verein des neuen Rechts. Inaugural-Dissertation 1902.

Jatzow, das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Berlin 1898.

Ihering u. s. w.. Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.

Knoke, Das Recht der Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1901.

Kohler, Das Recht des Markenschutzes, Würzburg 1884.

Laband, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Band 35.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Erster Teil bearbeitet von K. Lehmann. Berlin 1899 und I. Band Berlin 1902.

Leist, A., Vereinsherrschaft und Vereinsfreiheit im künftigen Reichsrecht. Jena 1899.

Litthauer, Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch. 9. Aufl., Berlin 1897.

„ Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, 12. Auflage, Berlin 1901.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. I. Band, 12. Auflage, Berlin 1901.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Band. 3. Auflage. Berlin 1900.

Meurer, Die Juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht. 1901.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Band II. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888.

Nussbaum, Beiträge zur Auslegung des § 54, Satz 2 Bürgerliches Gesetzbuch im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozess.

Planck in Verbindung mit Achilles, André, Greiff, Ritgen, Unzner, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. I. Band. 2. Auflage. Berlin 1898.

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozess, herausgegeben von Hoffmann, v. Sommerlatt, Wulfert.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6. und 7. Aufl. I. Band. Berlin 1900; (auch 5. Auflage).

v. Staudinger, Das Vereinsrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. 1897.

„ Zur Rechtsnatur der nicht rechtsfähigen Vereine im Bürgerlichen Gesetzbuche — in der Deutschen Juristen-Zeitung, 5. Jahrgang, Berlin 1900.

Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts. Erster Band, 2. Auflage. Berlin 1882; (auch 3. Auflage).

Swart, Der nicht rechtsfähige Verein nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Inaugural-Dissertation. Göttingen 1899.

Sydow-Busch, Civilprozessordnung, 9. Auflage, Berlin 1901.

„ „ Konkursordnung, 8. Auflage 1899.

Thöl, Das Handelsrecht. I. Band. 6. Auflage.

Unger, Personengesamtheit und offene Handelsgesellschaft in Jherings Jahrbüchern. 25. Band. Jena 1887.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 2 Band. 8. Auflage. 1900.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, herausgegeben von Goldschmidt, v. Hahn, Keyssner, Laband, Sachs.

In der neuesten Zeit macht sich in fast allen Klassen und Schichten der Bevölkerung das Bestreben und das Bedürfnis des Zusammenschlusses der einzelnen Personen miteinander bemerkbar. Und so entstehen Vereine, Gesellschaften, Genossenschaften, wie überhaupt Vereinigungen mit den verschiedensten Benennungen und in den mannigfachsten Formen.

Dieser der Strömung der Zeit folgenden Richtung haben auch unsere modernsten civilrechtlichen Gesetzgebungen im weitesten Sinne Rechnung getragen. Sie haben den Vereinigungen die rechtliche Form gegeben. Sie haben sie insbesondere von einander abgegrenzt.

Aber hier und da zeigt es sich doch, dass die Grenze zwischen den einzelnen Vereinigungen nicht scharf genug gezogen worden ist, vielleicht auch nicht so scharf, wie es etwa erforderlich gewesen wäre, gezogen werden konnte. Und das ist ein Grund dafür, dass in der Wissenschaft gelegentlich ein Zwiespalt der Ansichten darüber entsteht, unter welche Art eine im Verkehre auftretende Personenvereinigung, die sich vielleicht schon irgend eine Gattungsbezeichnung beigelegt hat, welche aber juristisch oft nicht massgebend ist, ihrem Begriffe und Wesen nach zu bringen ist.

Insbesondere ist seit der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches (B. G. B.) und der damit verbundenen Umgestaltung des Handelsgesetzbuches (H. G. B.) unter den Juristen ein Streit über die unserer Abhandlung zugrunde liegenden Fragen entbrannt, der bis heute noch nicht beigelegt ist.

Wir wollen im folgenden zur Klärung der Fragen etwas beisteuern und zunächst die Frage zu beantworten suchen, ob ein nicht rechtsfähiger Verein, der ein Handelsgewerbe im

Sinne des § 1 H. G. B. betreibt, eine offene Handelsgesellschaft ist.

§ 2.

Diese Frage aufzuwerfen, liegt schon aus zwei rein äusseren Gründen sehr nahe. Einmal finden nach den gesetzlichen Bestimmungen auf die offene Handelsgesellschaft (§ 105, Abs. 2 H. G. B.) wie auf den nicht rechtsfähigen Verein (§ 54 B. G. B.), soweit es für beide nicht Sondervorschriften gibt, die Vorschriften des B. G. B. über die Gesellschaft Anwendung. Dann ist der Zweck beider Vereinigungen auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet, was bei der offenen Handelsgesellschaft aus der Legaldefinition hervorgeht, nach welcher sie eine Gesellschaft ist, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist, und zwar, wie es im § 105, Abs. 1 H. G. B. weiter heisst, „unter gemeinschaftlicher Firma", und „wenn bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist."

Nach dem § 1 H. G. B. gilt als Handelsgewerbe jeder Gewerbebetrieb, der eine der neun im zweiten Absatze des Paragraphen bezeichneten Arten von Geschäften zum Gegenstande hat.

Diese Geschäfte gelten stets als Handelsgewerbe. Sie sind Handelsgrundgeschäfte, oder wie Lehmann-Ring die Handelsgewerbe des § 1 Abs. 2 nennen: natürliche oder Handelsgewerbe aus sich, im Gegensatze zu denen der §§ 2 und 3, die sie als „künstliche oder Handelsgewerbe kraft Registrierung" bezeichnen.

Wer ein Handelsgewerbe betreibt, ist nach dem § 1 Kaufmann im Sinne des H. G. B.

Das Handelsgesetzbuch stellt kein besonderes subjektives Erfordernis wie z. B. ein bestimmtes Alter oder Geschlecht für den Betrieb eines Handelsgewerbes auf. Jede Person kann ein Handelsgewerbe betreiben, — jedoch selbstverständlich nur insoweit, wie sie fähig ist, Rechte zu erwerben und Verpflichtungen zu übernehmen; d. h. mit anderen Worten nur insoweit, wie sie rechtsfähig ist.

Rechtsfähig sind aber einerseits ohne weiteres die natürlichen Personen, andererseits aber diejenigen Personen, denen Rechtsfähigkeit verliehen ist: juristische Personen. Ihnen allen kann die Kaufmannseigenschaft zukommen.[1]) Damit sind diejenigen Personenvereinigungen, die keine Rechtsfähigkeit besitzen: der nicht rechtsfähige Verein und die Gesellschaft des B. G. B., soweit sie in dem Rahmen des B. G. B. bleiben, vom Betriebe eines Handelsgewerbes, mithin vom Erwerbe der Kaufmannseigenschaft ausgeschlossen. Nun repräsentiert aber nach allgemeinen Grundsätzen sowohl die Gesellschaft als solche als auch der nicht rechtsfähige Verein als solcher die Vielheit, die Summe der Gesellschafter resp. der Vereinsmitglieder. Spricht man also davon, dass der nicht rechtsfähige Verein ein Handelsgewerbe betreibt, so meint man unzweifelhaft damit: die Summe der Vereinsmitglieder betreibt ein Handelsgewerbe und ist infolgedessen Kaufmann.

An dieser Auffassung kann auch die Bestimmung des § 54, Satz 2 B. G. B. nicht rütteln, welche besagt, dass der im Namen des nicht rechtsfähigen Vereins Handelnde persönlich und unbeschränkt haftet, und dass er daher der Träger der Rechte und Pflichten des Vereins sein könne; er handelt aber „im Namen des Vereins"; d. h. im Namen sämtlicher Vereinsmitglieder. Betreibt nun der im Namen eines nicht rechtsfähigen Vereins Handelnde ein Handelsgewerbe, dann ist konsequenterweise nicht *er* als solcher Kaufmann, sondern *die* einzelnen Mitglieder sind Kaufleute, und es ist für deren Kaufmannsqualität ohne Belang, ob sie an der Geschäftsführung beteiligt sind oder nicht. Hiernach könnten wir unsere erste Frage dahin präzisieren, ob die Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins, die in ihrer Gesamtheit, meist vertreten durch ihren Vorstand, ein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 H. G. B. betreiben, eine offene Handelsgesellschaft bilden. —

[1]) Wir lassen hier die offene Handels- und die Kommanditgesellschaft ausser acht, die ja jede an sich Kaufmann ist, die offene Handelsgesellschaft insbesondere nach dem § 124 H. G. B.

Wie beim nicht rechtsfähigen Vereine so werden bei der offenen Handelsgesellschaft die Geschäfte im Namen der Gesellschaft abgeschlossen. Das bedeutet aber auch: im Namen aller Gesellschafter; denn der Name der Gesellschaft, die Firma, ist der Handelsname aller Gesellschafter.[2]) Mit anderen Worten: die offene Handelsgesellschaft stellt als solche ebenso wie der nicht rechtsfähige Verein und die Gesellschaft des B. G. B. die Summe aller Gesellschafter dar. Der vertretende offene Handelsgesellschafter ist daher als solcher — naturgemäss davon abgesehen, dass er als Mitglied der offenen Handelsgesellschaft ipso iure die Kaufmannsqualität besitzt — kein Kaufmann; denn er betreibt das Handelsgewerbe im Namen seiner Mitgesellschafter. Er ist aber Kaufmann, weil er als Mitglied der ihn beauftragenden Gesellschaft an den Handlungen, die er im Namen seiner Gesellschaft vollführt, selbst seinen Anteil hat. (Hierbei ist natürlich nicht von einem angestellten fremden Geschäftsführer die Rede.)

Was von der Kaufmannseigenschaft des offenen Gesellschafters gilt, das gilt auch von der des Mitgliedes des in Frage kommenden nicht rechtsfähigen Vereins: Beide sind in ihrer Eigenschaft als Mitglieder ihrer bezüglichen Vereinigungen Kaufleute, nicht überhaupt — sofern sie natürlich nicht sonst schon Kaufmann waren. Sie sind Kaufleute nur im Zusammenhange mit der Firma (vgl. Thöl, das Handelsrecht I. Band, 6. Auflage, pag. 140)[3]); ihre Kaufmannsqualität endigt also auch mit der endgiltigen Einstellung des Betriebes des Handelsgewerbes. —

Das natürliche Handelsgewerbe kann nun Gross- oder Kleingewerbe sein. Es kann von einem Vollkaufmanne und

[2]) cf. Allfeld, 2. Auflage von Anschütz und von Völderndorffs Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. I. Band, 1. Heft. Erlangen 1894, pag. 37, Anm. 48.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. I. Band, 2. Auflage 1875, pag. 469.

[3]) cf. auch v. Hahn, Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche. I. Band, 2. Lieferung, 4. Auflage, Braunschweig 1894, pag. 84, Art. 4, § 5.

von einem Minderkaufmanne ausgeübt werden. Nur von einem Vollkaufmanne können, damit sie als Handelsgewerbe gelten und die Voraussetzungen zur Kaufmannseigenschaft erfüllen, diejenigen Gewerbe betrieben werden, die das H. G. B. selbst als vollkaufmännische durch die Worte bezeichnet:

> „sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht“,

also die Geschäfte der Ziffern 2 und 9, während die Geschäfte der Ziffer 5 zum Teil nur von Vollkaufleuten betrieben werden können, worauf das Wort „Anstalten“ deutet.

Eine offene Handelsgesellschaft liegt aber nur dann vor, wenn ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe betrieben wird. Hierfür spricht u. E. schon der Umstand, dass die Behörde bei der Eintragung der offenen Handelsgesellschaft ins Register zu prüfen hat, ob ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe vorliegt. Allerdings steht von dieser Prüfung nichts im Gesetze; aber schon daraus, dass nach dem § 106 H. G. B. die Firma der Gesellschaft in der Anmeldung zur Eintragung enthalten sein muss, geht, da nur ein Vollkaufmann eine Firma hat (§ 4 H. G. B.), hervor, dass ein vollkaufmännischer Betrieb vorliegen muss. Und hiervon müsste sich u. E. der Richter erst überzeugen, ehe er die Eintragung verfügt. Es sollte daher, wenn Handelsgrundgeschäfte, welche die Ausübung seitens eines Vollkaufmannes sowie seitens eines Kaufmannes minderen Rechtes gestatten, von mehreren Personen betrieben werden und die Vermutung einer Handelsgesellschaft vorliegt, vor allem nachgesehen werden, ob diese Geschäfte in erheblichem oder geringem Umfange betrieben werden. (Dem entspricht § 4, Abs. 2 H. G. B.). Mithin darf unser nicht rechtsfähiger Verein, um eventuell eine offene Handelsgesellschaft sein zu können, nur einen vollkaufmännischen Betrieb eines Handelsgewerbes haben.

Vereinigen sich mehrere Personen und betreiben sie nur ein Gewerbe von geringem Umfange, so sind und bleiben sie entweder nur ein Verein oder eine bürgerliche Gesellschaft,

und es finden auf sie die Vorschriften der Gesellschaft des B. G. B. Anwendung.

§ 3.

Unter der Voraussetzung der Gleichheit des Betriebes eines Handelsgewerbes würde, wenn dies allein genügte, kein Hindernis der Identität unseres nicht rechtsfähigen Vereins mit einer offenen Handelsgesellschaft entgegenstehen.

Nun hat aber die offene Handelsgesellschaft, wie wir gesehen haben, noch andere Merkmale, und diese müssen naturgemäss auch dem in Frage kommenden nicht rechtsfähigen Vereine eigentümlich sein, wenn er eine offene Handelsgesellschaft sein soll.

So ist ein wesentliches Begriffsmerkmal dasjenige, dass der Betrieb eines Handelsgewerbes

„unter gemeinschaftlicher Firma"

geschehen muss, — was auch die obersten Gerichte in zahlreichen Entscheidungen ausgesprochen haben.[4]) —

Der Führung einer gemeinschaftlichen Firma durch die offenen Handelsgesellschafter kommt die Wirkung zu, dass die Folgen, welche die Anwendung der Firma Dritten gegenüber hat, entweder sämtlich oder zum Teil gleichmässig für alle Gesellschafter eintreten und gewollt werden. (Vgl. Thöl a. a. O. S. 310 und oben S. 16).

Das neue Handelsgesetzbuch hat das Prinzip der Firmenwahrheit durchgeführt.

Dementsprechend hat nach dem § 19, Abs. 1 H. G. B. die Firma einer offenen Handelsgesellschaft den Namen wenigstens eines der Gesellschafter mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatze — z. B. Jäger & Co. — oder die Namen aller Gesellschafter zu enthalten.

Diese Vorschrift gilt aber nur für die Wahl einer Firma bei der Gründung einer offenen Handelsgesellschaft. Infolgedessen kann das Prinzip der Firmenwahrheit durchbrochen werden, was z. B. in den Fällen der §§ 22 und 24 H. G. B.

[4]) cf. u. a. R. O. H. I, 259 ff.; II, 423—425; V, 388; VII, 432; VIII, 248; XII, 488/9; XIII, 286; Bolze X, 269; R. G. XIII, 230; XXXIII, 177, 128 u. a. u. a.

geschieht.[5]) Es bildet also die Firma allein keinen genügend sicheren Anhalt für die Existenz einer offenen Handelsgesellschaft. Man muss vielmehr im Einzelfalle untersuchen, ob die Gesellschafter die Absicht haben, eine Firma, die evtl. in irgend einer Form bereits bestanden haben kann, nach aussen als ihre gemeinschaftliche zu gebrauchen, bezw. ob sie die Firma schon als eine gemeinschaftliche im Verkehr anerkannt und in Gebrauch genommen haben. Von dem Ergebnisse dieser Untersuchung wird es abhängen, ob gegebenen Falls eine offene Handelsgesellschaft, eine stille Gesellschaft, eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts oder ein anderes Rechtsverhältnis vorliegt.

Vor dem neuen Handelsgesetzbuche hatten Behrend[6]) und das Reichsgericht[7]) die Ansicht vertreten, dass die Existenz einer offenen Handelsgesellschaft nicht von der Befolgung der Formvorschriften des H. G. B. über Firmen abhänge, wenn nur die Firma eine gemeinschaftliche wäre. Hiergegen hat aber schon Thöl im § 88 a. a. O. geltend gemacht — u. E. mit Recht —, dass die gemeinschaftliche

[5]) a) Im Falle des § 22: wenn das Geschäft dasselbe bleibt und nur in der Person des Inhabers eine Änderung eintritt. Haben beim Erwerbe eines bestehenden Geschäftes unter Lebenden oder von Todeswegen der bisherige Geschäftsinhaber oder dessen Erben nichts gegen die Fortführung der bisherigen Firma einzuwenden, so kann z. B. unter dem Namen eines Einzelkaufmannes eine offene Handelsgesellschaft das Geschäft übernehmen und weiter führen.

b) Im Falle des § 24: wenn ein bestehendes Handelsgeschäft eines Einzelkaufmannes durch die Aufnahme eines oder mehrerer Gesellschafter in das einer offenen Handelsgesellschaft umgewandelt wird, oder wenn einerseits ein neuer Gesellschafter in die Handelsgesellschaft eintritt, andererseits ein Gesellschafter aus der Gesellschaft austritt. Im letzteren Falle müssen aber der ausscheidende Gesellschafter oder dessen Erben, wenn der Name des Ausscheidenden in der Firma enthalten ist, zur Fortführung derselben Firma ihre ausdrückliche Einwilligung geben.

[6]) Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, I. Band, 1896, pag. 462.

[7]) Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen, II, 279, No. 1095; R. G. in Strafs. XXIV, 262.

Firma bei der offenen Handelsgesellschaft „nicht im Sinne eines Kennzeichens“ zu verstehen sei.

Das wesentliche Begriffsmerkmal der offenen Handelsgesellschaft, die Führung einer gemeinschaftlichen Firma, werden wir auch bei dem nicht rechtsfähigen Vereine angewendet sehen, der ein Handelsgewerbe betreibt. Er wird seine Geschäfte unter seinem Vereinsnamen abschliessen. In der Regel wird ein Verein einen Phantasienamen; z. B. Concordia, Normannia, Germania und dergleichen führen; aber dieser Vereinsname spielt bei ihm dieselbe Rolle wie die Firma bei der offenen Handelsgesellschaft.

§ 4.

Eine sehr wesentliche und zugleich die nächstliegende Frage ist, nachdem wir gesehen haben, dass die beiden in Frage kommenden Vereinigungen den Betrieb eines Handelsgewerbes, und zwar unter gemeinschaftlicher Firma, im grossen Ganzen gemeinsam haben, diejenige, wie denn nun die einzelnen Mitglieder unserer beiden Verbindungen aus ihren Handelsgeschäften verpflichtet werden können.

Zur Beantwortung dieser Frage erscheint es notwendig, vorerst das Vermögen der beiden Vereinigungen einer Erörterung zu unterziehen. Hierbei müssen wir jedoch noch eine dritte Vereinigung, die Gesellschaft des B. G. B., heranziehen, da, wie wir bereits festgestellt haben, sowohl auf den nicht rechtsfähigen Verein als auch auf die offene Handelsgesellschaft die Vorschriften der Gesellschaft des B. G. B. in Anwendung kommen. Das Vermögen der Gesellschaft wird vorzugsweise im § 718 B. G. B. behandelt. Hiernach setzt es sich aus den Beiträgen der Gesellschafter, den durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenständen und aus den Surrogaten zusammen. Aber das Gesellschaftsvermögen gehört nicht der Gesellschaft als solcher, sondern den jeweiligen Mitgliedern zur gesamten Hand. Es folgt hieraus, dass das Gesellschaftsgut nicht unter den Gesellschaftern geteilt werden kann, insbesondere dass der einzelne

Genosse nicht über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen kann. Infolgedessen bildet das Gesellschaftsvermögen ein den Gesellschaftern zu ungesonderten Anteilen gemeinsames Sondergut, das sich von dem Privatvermögen der einzelnen Mitglieder rechtlich scheidet — und sich einem Körperschaftsvermögen nähert.

Aber das Vermögen des nicht rechtsfähigen Vereins bezw. der bürgerlichen Gesellschaft unterliegt in einzelnen Beziehungen nicht so weitgehenden Bestimmungen wie das der offenen Handelsgesellschaft. Das äussert sich besonders im Grundbuchrecht: Während nämlich, wenn die Gesellschaft bezw. der nicht rechtsfähige Verein Rechte erwerben, die der Eintragung ins Grundbuch bedürfen, diese nicht auf den Namen der betreffenden Vereinigung eingetragen werden können, sondern nur auf den Namen der einzelnen Mitglieder (§ 48 Grundbuchordnung, nach welchem „das fürdie Gemeinschaft massgebende Rechtverhältnis“ bei der Eintragung eines für mehrere gemeinschaftlichen Rechts zu bezeichnen ist, hier also das Gesamthandverhältnis), kann die offene Handelsgesellschaft nach dem § 124 H. G. B. unter ihrer Firma Eigentum und andere dingliche Rechte erwerben; es kann also die offene Handelsgesellschaft als solche ins Grundbuch eingetragen werden.

Dies hat namentlich seine Konsequenzen für den Fall des Ausscheidens und des Eintretens eines Mitgliedes. Bei dem nicht rechtsfähigen Vereine resp. der Gesellschaft wird in diesen Fällen das Grundbuch unrichtig; denn es sind die Namen aller Mitglieder eingetragen, und die im Grundbuche verzeichneten Rechte des ausscheidenden Mitgliedes gehen auf die übrigen Genossen über, bezw. das neue Mitglied bekommt infolge der Abwachsung des Anteils von den alten Mitgliedern das ihm gebührende Recht. Dagegen bleibt trotz Ausscheidens oder Neueintritts eines Handelsgesellschafters die Eintragung in das Grundbuch richtig; denn es ist ja nur die Firma der offenen Handelsgesellschaft eingetragen. Hier tritt es deutlich hervor, dass das Gesellschaftsvermögen der offenen Handels-

gesellschaft „als eine zwar den Gesellschaftern gehörige, aber von ihrem sonstigen Vermögen gesonderte Vermögenseinheit angesehen“ wird (Litthauer, Handelsgesetzbuch, 12. Aufl. Berlin 1901, S. 137, Anm. a). Aus diesem Umstande erklärt es sich auch, „dass vermöge des Prinzips der gesamten Hand die zur Personeneinheit verbundenen Gesellschafter“ in Bezug auf Gesamt- und Sonderrechte „den einzelnen Gesellschaftern als unverbundenen Personen gegenübertreten“ (Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Rechte, 2. Aufl. Berlin 1902, S. 31).

Kommen wir nun auf die Haftung der drei in den meisten Punkten denselben Vorschriften unterliegenden und doch in mancher Beziehung auseinandergehenden Vermögen, so ergibt sich auch hier zwischen allen dreien eine gewisse Verschiedenheit.

Betrachten wir zunächst die Haftung der Gesellschaft und des nicht rechtsfähigen Vereins: Für die Schulden der Gesellschaft haftet sowohl das Vermögen der Gesellschaft selbst als auch das Privatvermögen eines jeden einzelnen Mitgliedes. Verpflichten sich mehrere Gesellschafter durch einen Vertrag gemeinschaftlich, so haften sie im Zweifel als Gesamtschuldner. Im allgemeinen gelten für die Haftung der Gesellschaft die §§ 735—739 B. G. B. Die in diesen enthaltenen Vorschriften finden nun auch auf den nicht rechtsfähigen Verein Anwendung, aber bei diesem kommt noch die Sonderbestimmung des § 54, Satz 2 in Betracht, nach welcher aus einem Rechtsgeschäfte, das im Namen des Vereins einem Dritten gegenüber vorgenommen ist, der Handelnde persönlich und mehrere Handelnde als Gesamtschuldner haften. (§§ 421 ff. B. G. B.). Diese Bestimmung mag hart erscheinen, zumal da aus derselben folgt, dass auch ein Nichtmitglied, z. B. ein Angestellter, der im Namen des nicht rechtsfähigen Vereins handelt, unbeschränkt dem Dritten gegenüber gesetzlich haftet; ausserdem findet sie, da keine Vorschrift dieser Auffassung entgegensteht, sowohl dann Anwendung, wenn derjenige, welcher im Namen des Vereins einem Aussenstehenden gegenüber ein Rechtsgeschäft

vorgenommen hat, Vertretungsmacht für den Verein hatte, als auch dann, wenn er eine solche nicht hatte.[8]) — Aber diese Vorschriften sind hauptsächlich aus dem Gedanken heraus erlassen, dass sie zum Schutze des grossen Publikums dienen sollen.

Kontrahiert also ein Dritter mit einem im Namen eines nicht rechtsfähigen Vereins Handelnden, so kann er sich an ihn halten. Hat der Handelnde Vertretungsmacht, steht der Verein also hinter ihm, so werden alle Vereinsmitglieder für ihn einspringen müssen. Mit anderen Worten: das von dem Vertreter vorgenommene Rechtsgeschäft ist für die Mitglieder des Vereins wirksam. Sämtliche Mitglieder werden durch die von dem geschäftsführenden Mitgliede innerhalb seiner Vertretungsmacht vorgenommenen Rechtsgeschäfte berechtigt und verpflichtet (Letzteres trifft auch für die Gesellschaften zu).

Freilich kann durch die Satzung ein anderes bestimmt werden; z. B. dass das geschäftsführende Mitglied nicht berechtigt sein soll, Geschäfte abzuschliessen, die alle Mitglieder verpflichten. Auch kann u. E. — ebenso Planck — die unbeschränkte Haftung dadurch beschränkt werden, dass die Mitglieder unter sich vereinbaren, ihr Geschäftsführer solle bei allen für die Gesellschaft vorzunehmenden Rechtsgeschäften mit dem Dritten die Abrede treffen, dass sie nur beschränkt haften, dass z. B. ihre Haftung auf ihren Anteil an dem Vereinsvermögen limitiert werde. Und diese Beschränkung der Vertretungsmacht des Geschäftsführers kann vertragsmässig für alle zukünftigen Fälle mit dem dritten Kontrahenten festgesetzt werden.[9])

Ein Punkt bleibt noch zu erörtern, der eine Grundverschiedenheit der Haftung beider Vereinigungen ausmacht: Das Vermögen des Vereins haftet auf Grund eines gegen ihn

---

[8]) cf. Planck a. a. O. S. 105. Anm. 3 zum § 54 — auch für das Folgende.

[9]) Es gibt noch verschiedene Modifikationen hinsichtlich der Haftung. Wir verweisen auf die treffliche Darstellung von Nussbaum, Beiträge zur Auslegung des § 54, Satz 2, Bürgerliches Gesetzbuch, im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozess.

ergangenen Urteils nur für die Schulden des Vereins selbst; das Gesellschaftsvermögen dagegen haftet nicht nur für die Gesellschaftsschulden, sondern auch für die Privatschulden aller Gesellschafter auf Grund eines gegen diese ergangenen Urteils (cf. Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Lieferung 1, Berlin 1898, S. 49).

An dieser Stelle sei auch der Unterschied hervorgehoben, der sich zwischen dem rechtsunfähigen Vereine, der Gesellschaft des B. G. B. und der offenen Handelsgellschaft bei der Zwangsvollstreckung ergibt: Nach dem § 735 Civilprozessordnung (C. P. O.) genügt zur Zwangsvollstreckung in das Vermögen eines nicht rechtsfähigen Vereins ein gegen den Verein ergangenes Urteil. —

Bei der offenen Handelsgesellschaft ist zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen nach dem § 124, Abs. 2 H. G. B. ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Schuldtitel erforderlich; es genügt nicht ein gegen alle Gesellschafter gerichteter vollstreckbarer Schuldtitel. Der Gesellschaftsgläubiger hat also ein ausschliessliches Zugriffsrecht auf das Gesellschaftsvermögen.

Bei der bürgerlichen Gesellschaft hingegen muss die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen gegen alle Gesellschafter gerichtet sein (§ 736 C. P. O.). Es ist bei dieser eine Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen unter den vorgeschriebenen Bedingungen selbst dann möglich, wenn nicht eine Gesellschaftsschuld, sondern eine andere Gesamtschuld der Gesellschafter vorliegt.

Das ist aber für die offene Handelsgesellschaft eine Unmöglichkeit. Das Gesellschaftsvermögen der offenen Handelsgesellschaft kann nicht wegen einer Privatschuld der einzelnen Gesellschafter in Anspruch genommen werden, und sollten sie die Schuld auch alle gemeinsam, aber nicht als Gesellschaftsschuld kontrahiert haben.[10])

Betrachten wir nunmehr die Haftung der offenen Handelsgesellschaft, so entscheiden über diese Frage vornehmlich die

[10]) cf. Dernburg, B. R. II, S. 548 Anm. 1, Gareis, das deutsche Handelsrecht, 6. Auflage, Berlin 1899, S. 219, Anm. 4 zu § 27.

§§ 105 und 128 H. G. B.[11]), aus denen wir die unbeschränkte persönliche Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern kennen lernen (das sogenannte negative Requisit oder das Merkmal negativen Inhalts der offenen Handelsgesellschaft). Diese Bestimmung enthält das charakteristischste Merkmal der offenen Handelsgesellschaft; ohne sie ist die offene Handelsgesellschaft überhaupt nicht denkbar, sie unterscheidet sie am meisten von allen anderen Gesellschaften.

Hat es ein Dritter mit einer offenen Handelsgesellschaft zu tun, so darf er von der „gesetzlichen Regel" ausgehen, dass jeder Gesellschafter unbeschränkt haftet, insbesondere, „dass die als Teilhaber (der Gesellschaft) bezeichnete Person persönlich haftender . . . Gesellschafter sei" (R. O. H. XV, 21). Der Gesellschaftsgläubiger kann sich sowohl an jeden einzelnen Gesellschafter als auch an das Gesellschaftsvermögen halten. Es haftet bei der offenen Handelsgesellschaft die Gesellschaft selbst, und principal-accessorisch — also nicht subsidiär! — tritt neben diese Haftung die solidarische der einzelnen Gesellschafter. Die Gesellschafter haften zugleich mit ihrem Privat- und ihrem Gesellschaftsvermögen. Daher tut ein Gläubiger, der eine Forderung an die Gesellschaft hat, gut, wenn er, da ja jeder offene Gesellschafter aufs Ganze verklagt werden kann, die Gesellschaft und sämtliche Gesellschafter als Streitgenossen verklagt. Das ist zugleich eine Folge der Trennung des Handelsvermögens der offenen Handelsgesellschaft vom Privatvermögen der Gesellschafter. — Wir haben somit bei der offenen Handelsgesellschaft n + 1 Beklagte.[12]) Im Falle einer Zwangsvollstreckung allein in das Gesellschaftsvermögen könnte der Gläubiger nur bei der Gesellschaft pfänden lassen und nicht bei den einzelnen Gesellschaftern. —

---

[11]) § 105: . . . „wenn bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist."

§ 128: „Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner persönlich. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam."

[12]) n = Zahl der Gesellschafter, 1 = offene Handelsgesellschaft.

Andererseits hat der Gläubiger einen primären Angriff gegen die einzelnen Gesellschafter, — und hierdurch wird das Prinzip des für sich bestehenden Handelsvermögens durchbrochen.

Aus der Fassung der beiden citierten Paragraphen ist aber ersichtlich, dass die Bestimmung der Vollhaftung der Gesellschafter nur nach aussen hin, den Gesellschaftsgläubigern gegenüber, wirken soll. Es kommt demnach nicht darauf an, wie die Gesellschafter untereinander die Haftung vereinbart haben, wenn sie nur nicht, dem Begriffe der offenen Handelsgesellschaft zuwider, als eine beschränkte nach aussen kenntlich gemacht wird.[13])

Es gilt bei der offenen Handelsgesellschaft u. E. in den meisten Punkten dasselbe, was wir in dieser Beziehung schon bei dem nicht rechtsfähigen Vereine (cf. S. 21) ausgeführt haben.

Einer etwaigen Beschränkung der Haftung nach innen steht aber nicht entgegen, dass die Gesellschafter aus anderen Rechtsgründen als Kontrakten, so z. B. aus unerlaubten Handlungen, Bereicherungen dennoch unbeschränkt haften (Makower S. 190, Anm. IIIa, Staub S. 350, Anm. 20).

In der Regel wird die von den Gesellschaftern untereinander getroffene Vereinbarung dahin gehen, dass die Haftung nach innen auf die Beitragspflicht limitiert sei. Und diese kann wie bei der Gesellschaft und dem nicht rechtsfähigen Vereine so auch bei der offenen Handelsgesellschaft — von ganz verschiedener Art sein, sie braucht nicht einmal in dem Entrichten einer Geldsumme als Beitrag zu bestehen.[14])

---

[13]) Es dürfte zu weit führen und auch ausserhalb des Rahmens dieser Arbeit liegen, wenn wir die Haftung nach innen in ihren vielen einzelnen Arten beleuchten wollten. Auch ist dies schon zur Genüge in den Kommentaren und Lehrbüchern geschehen. Wir begnügen uns daher damit, nur die am häufigsten vorkommenden Beschränkungen der Haftung der Gesellschafter unter sich anzudeuten.

[14]) S. auch R. G. XXXVII, 61.

§ 5.

Aus der begrifflichen Gegenüberstellung der beiden in Frage kommenden Vereinigungen haben wir ersehen, dass einer Bejahung der ersten Frage nichts im Wege stände; die Verschiedenheiten, die sich etwa geltend machten, würden ohne weiteres verschwinden, wenn unser nicht rechtsfähiger Verein eine offene Handelsgesellschaft wäre. — Es bleibt nun noch übrig, das Wesen dieser beiden im Verhältnis zu einander zu prüfen.

Nach dem § 105 H. G. B. ist die offene Handelsgesellschaft eine Gesellschaft.

So klar und einfach der Inhalt dieser Bestimmung erscheint, so unklar war man sich vor der Entstehung des heutigen H. G. B. über das Wesen der offenen Handelsgesellschaft. Einen grossen Teil der Schuld an den Geisteskämpfen, die in dieser Hinsicht in der Wissenschaft ausgefochten wurden, trägt die Fassung des Art. 85, Abs. 1 des alten H. G. B.:

> „Eine offene Handelsgesellschaft ist vorhanden, wenn zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben . . . . . .“

Hierdurch wurde die Frage offen gelassen, was denn überhaupt die offene Handelsgesellschaft sei. Neben der natürlichen Ansicht der Juristen, die schon aus der Bezeichnung „offene Handelsgesellschaft“ diese für eine Gesellschaft ansahen, fanden sich Meinungen teils solcher, die die Eigenschaft einer Gesellschaft durchaus nicht anerkennen wollten, teils wiederum behaupteten einige, die offene Handelsgesellschaft sei eine juristische Person. Einer der bedeutendsten Juristen, welche ihr die Eigenschaft einer Gesellschaft absprachen, war Laband[15]), der, wie er überhaupt die verschiedenen Handelsgesellschaften nicht als Gesellschaftsarten, sondern als „Haftungsarten“ ansah, somit dem Einteilungsgrunde, nach welchem das Handelsgesetzbuch den Unterschied zwischen den einzelnen

[15]) Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht XXX, S. 508 ff. „Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften“, § 2 „Begriff und System der Handelsgesellschaften.“

Handelsgesellschaften gezogen hat, eine Verschiedenheit der Haftung und nicht des Gesellschaftsverhältnisses zugrundegelegt wissen wollte, in der offenen Handelsgesellschaft demgemäss „nicht ein Rechtsverhältnis erblickte, bei welchem die Beteiligten diese oder jene Rechte und Pflichten gegeneinander haben", sondern nur ein solches „kraft dessen die Beteiligten solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen für alle aus einem gewissen Gewerbebetriebe hervorgehenden Verbindlichkeiten haften." Hierdurch sei das Charakteristische der offenen Handelsgesellschaft anderen „Gesellschaftsformen" gegenüber dargestellt, aber „das wirkliche Sozietätsverhältnis könne bei der offenen Handelsgesellschaft ebenso wie bei der stillen oder der Kommanditgesellschaft normiert oder auch der Struktur des Aktienvereins nachgebildet sein." Ja, es könne sogar eine offene Handelsgesellschaft im Sinne des H. G. B. bestehen, obwohl es unter den Teilnehmern an einem Sozietätsverhältnisse gänzlich mangele.[16])

Dieser Ansicht tritt, wie wir gesehen haben, das neue Handelsgesetzbuch[17]) entschieden entgegen. Es rechtfertigt seinen Standpunkt in der Denkschrift[18]), welche als Ausgangspunkt des Entwurfes für die Feststellung des Begriffes und des Wesens der offenen Handelsgesellschaft dasjenige bezeichnet, „dass die offene Handelsgesellschaft auf einem Gesellschaftsvertrage beruht und nicht, wie dies für das geltende Recht von einzelnen Seiten angenommen wird, als ein Verhältnis betrachtet werden kann, durch das ohne Rücksicht auf die zu Grunde liegenden inneren Beziehungen der Beteiligten lediglich

---

[16]) Dgl. v. Hahn a. a. O., 392, Staub in früheren Auflagen; R. G. XIX, 197; XXXVII, 60 u. s. w. Anderer Ansicht schon vor dem H. G. B. II insbesondere Behrend a. a. O. I, 467/468, Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 3. Auflage, § 83a, S. 549.

[17]) Vgl. auch Lehmann-Ring a. a. O. S. 221.

[18]) Denkschrift zum Entwurfe eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes (Reichstag, 9. Legislatur-Periode, IV. Session 1895/7 in v. Hahns gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen — S. 80).

die Haftung für die Schulden eines unter gemeinschaftlicher Firma betriebenen Handelsgewerbes geregelt wird."

Was nun die vor dem neuen H. G. B. entstandene Frage betrifft, ob die offene Handelsgesellschaft eine juristische Person sei oder nicht, so ist zunächst hervorzuheben, dass schon zur Zeit des „Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches" die herrschende Meinung[19]) die offene Handelsgesellschaft nicht als juristische Person ansah. Die sich in der Minderheit befindenden Anhänger der gegenteiligen Ansicht gliederten sich in zwei Teile. Die einen wollten in der offenen Handelsgesellschaft eine absolute juristische Person sehen, die anderen wollten — und wollen auch noch heute — in ihr nur eine relative juristische Person erkennen.

Auf der einen Seite werden die Führung des eigenen Namens, der Besitz eines eigenen Gerichtsstandes, eines eigenen unabhängigen Vermögens, welches im Grundbuche auf den Namen der Gesellschaft eingetragen werde, und welches bleibe, wenn auch die Gesellschafter wechselten, die Möglichkeit eines besonderen Gesellschaftskonkurses als praktische Konsequenzen angesehen, „die sich nur durch das eine Prinzip der selbständigen juristischen Persönlichkeit erklären lassen, wie dies denn auch in der französischen Jurisprudenz[20]) allgemein an-

---

[19]) cf. Eccius, welcher trotz seiner Gegnerschaft in seiner Abhandlung „Die Stellung der offenen Handelsgesellschaft als Prozesspartei", abgedruckt in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band 32, auf Seite 5 anerkennt, dass die herrschende Lehre der offenen Handelsgesellschaft die juristische Persönlichkeit nicht beilegt; ferner auf Seiten der herrschenden Ansicht: Dernburg, Pandekten I, S. 142, Preussisches Privatrecht II, § 215, S. 660; B. R., Recht der Schuldverhältnisse S. 557/8, Unger, Personengesamtheit und offene Handelsgesellschaft in Jherings Jahrbüchern. Bd. 25, Jena 1887, S. 251; Behrend, a. a. O. § 62, No. I, S. 443/4; Thöl, a. a. O. § 38, S. 143, Staub, a. a. O., 5. Auflage S. 157 u. s. w. — Ausführliche Aufzählungen der verschiedenen Ansichten in Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, 3. Aufl. I, S. 435 und Gierke, Genossenschaftstheorie und deutsche Rechtsprechung S. 463.

[20]) Siehe Crome, Handbuch des französischen Civilrechts, begründet von Zachariä von Lingenthal, 8. Auflage, Band I, 1894, S. 140 ff.

erkannt wird.“ (Kohler, das Recht des Markenschutzes, Würzburg 1884, S. 220 und 235/6.[21])

Auf der anderen Seite wird hervorgehoben, dass die Rechtsfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft „beschränkt sei auf den Umkreis der Rechtsverhältnisse, für welche oder innerhalb deren Handlungen unter der Firma vorgenommen werden, eine Einschränkung, welche ihren Ausdruck in der Bezeichnung der offenen Handelsgesellschaft als einer „relativen (d. h. nur in gewissen Beziehungen anzunehmenden) juristischen Person“ findet (Gareis, a. a. O. S. 218).[22])

Unser jetziges Handelsgesetzbuch trifft keine ausdrückliche Entscheidung über diese Frage; es besteht auch kein Bedürfnis nach einer solchen; denn es kommen, wie bereits erörtert, nach dem § 105, Abs. 2 die Vorschriften der bürgerlichen Gesellschaft auch in Anwendung auf die offene Handelsgesellschaft und „künftig wird um so weniger Veranlassung zur Annahme der juristischen Persönlichkeit vorliegen, als bei der Gesellschaft des B. G. B. eine rechtliche Trennung des Gesellschaftsvermögens von dem Vermögen der einzelnen Gesellschafter gleichfalls anerkannt ist, und zwar unter Verwertung eines Rechtsgedankens“ (des Gesellschaftsvermögens, Gesamtvermögens), „der im allgemeinen auch zur Erklärung der Eigentümlichkeiten der offenen Handelsgesellschaft ausreicht (Denkschrift S. 80). Somit ist dem fraglichen nicht rechtsfähigen Vereine und der offenen Handelsgesellschaft der Mangel einer juristischen Persönlichkeit gemeinsam, letztgenannte aber betrachten wir

[21]) Derselben Ansicht u. a. Gelpcke, Zeitschrift für Handelsrecht 2. Heft, Berlin 1852, S. 36, Affolter, „Die rechtliche Natur der offenen Handelsgesellschaft“ im Archiv für bürgerliches Recht, Band V, Berlin 1891, S. 1; Eccius a. a. O., S. 5.

[22]) Ebenso begründet Dahn (Handelsrechtliche Vorträge, Leipzig 1875. II. „Über Handelsgesellschaften nach dem deutschen Handelsgesetzbuche“ S. 76), die relative juristische Persönlichkeit der o. H. G. damit, dass sie „als juristische Person nur in einer Richtung gilt — nach aussen Dritten gegenüber, nicht nach innen im Verhältnis der Gesellschafter unter einander — und nur unter einer Voraussetzung, nämlich und soweit die Firma standhält“.

unter Erkenntnis dessen, dass sie einige korporative Elemente in sich aufgenommen hat und so der juristischen Persönlichkeit in manchen Punkten ähnelt, als eine Gemeinschaft des Individualrechts, konstruiert nach dem Prinzip der gesamten Hand.

§ 6.

Die offene Handelsgesellschaft ist also eine Gesellschaft. Dies ist der Kardinalpunkt, die Grundlage, auf der die Entscheidung der zu beantwortenden Frage beruht. Es ist demnach zunächst die allgemeine Untersuchung dessen erforderlich, ob ein nicht rechtsfähiger Verein eine Gesellschaft ist.

Das B. G. B. handelt von dem nicht rechtsfähigen Vereine nur in einem einzigen Paragraphen, dem § 54, und dieser gibt noch nicht einmal erschöpfende Vorschriften, sondern verweist im ersten Satze auf die Vorschriften über die Gesellschaft, die „auf Vereine, die nicht rechtsfähig sind, Anwendung finden".

Infolge dieser gesetzlichen Bestimmung haben sich diejenigen Juristen, welche sich mit der Darlegung der Rechtsnatur des nicht rechtsfähigen Vereins befasst haben, in zwei Lager geteilt. Die einen behaupten, der nicht rechtsfähige Verein sei identisch mit der Gesellschaft[23]), die anderen hingegen sind von der Grundverschiedenheit dieser beiden Ge-

---

[23]) cf. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Band, 2. Abteilung, 3. Auflage, Jena 1901, S. 415, Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts I Band, 1900, S. 259; Leist, A, Vereinsherrschaft und Vereinsfreiheit im künftigen Reichsrecht. Jena 1899, S. 37, Anm. 1, Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I Band, 3. Auflage, Berlin 1900, S. 129: Die nicht rechtsfähigen Vereine seien „Vereinsgesellschaften"; am konsequentesten führt Staub in seinem Kommentar zum Handelsgesetzbuche, 7. Auflage, I Band, Berlin 1900, S. 1035/6, Anm. 84 diese Ansicht durch. Von der Judikatur cf. das Oberste Landesgericht München in der Entscheidung vom 13. XII. 1900 in „Das Recht", 1901, S. 120.

bilde von Personenvereinigungen überzeugt[24]). Der Ansicht der letztgenannten Partei schliessen wir uns an und stellen den Satz auf:

„**Der nicht rechtsfähige Verein ist keine Gesellschaft**“,

und zwar aus folgenden Gründen: Rein äusserlich betrachtet geben u. E. die angeführten Worte des ersten Satzes des § 54 schon Anlass zu unserer Behauptung. Einerseits wäre die ganze Bestimmung nicht notwendig gewesen, sondern hätte sich von selbst verstanden, wenn der nicht rechtsfähige Verein als eine Gesellschaft angesehen werden sollte; andererseits kann man doch unmöglich aus der Anwendung von Vorschriften eines Rechtsinstituts auf ein anderes schliessen, dass beide dasselbe sind. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat manches Institut, welches vor seinem Inkrafttreten bestanden hat, gestrichen; es lässt sich also wohl annehmen, dass dies auch dem nicht rechtsfähigen Vereine passiert wäre, wenn die Gesetzgebung ihn für die Zukunft für überflüssig und einer selbständigen Existenz nicht fähig gehalten hätte. Ferner deutet auf die Verschiedenheit beider Vereinigungen die Stellung hin, die dem nicht rechtsfähigen Vereine im Systeme des B. G. B. angewiesen ist: hätte es in den Intentionen des Gesetzgebers gelegen, den nicht rechtsfähigen Verein mit der Gesellschaft zu indentifizieren, so wäre er sicherlich unter dem Rechtsinstitute der Gesellschaft behandelt worden. Allerdings befand sich im ersten Entwurfe zum B. G. B. der dem jetzigen § 54

[24]) cf. v. Bülow, das Vereinsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1902 u. a. S. 6, Eck, a. a. O. S. 49; Gareis, der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1900, S. 65/66, Freiherr von Heintze, Der nicht rechtsfähige Verein des neuen Rechts. Inaugural-Dissertation 1902, S. 12, Knoke, das Recht der Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Jena 1902; Meurer, Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrechte 1901, u. a. S. 69. Swart, Der nicht rechtsfähige Verein nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche; Inaugural-Dissertation, Göttingen 1899, u. a. S. 7; vor allem aber **Gierke**, Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Rechte, S. 12. Dieser Schrift Gierkes schliessen wir uns bei der Unterscheidung des nicht rechtsfähigen Vereins von der Gesellschaft besonders an.

entsprechende § 676 im Gesellschaftsrechte. Aber gerade daraus, dass ihn der zweite Entwurf dort fortgenommen und unter den Abschnitt „Vereine“ gestellt hat, kann man die Absicht des Gesetzgebers, den nicht rechtsfähigen Verein tatsächlich als Verein behandelt zu sehen, erkennen. Jedoch brauchte, wie wir nicht aberkennen wollen, die Absicht des Gesetzgebers für die Wissenschaft nicht massgebend zu sein. Aber es gibt der Gründe für unsere Ansicht noch mehr. So spricht für sie auch der Umstand, dass es für den nicht rechtsfähigen Verein als solchen Sonderbestimmungen gibt. Im B. G. B. selbst findet sich freilich nur eine solche, welche in dem schon behandelten zweiten Satze des § 54 enthalten ist: „Aus einem Rechtsgeschäfte, das im Namen eines solchen Vereins einem Dritten gegenüber vorgenommen wird, haftet der Handelnde persönlich: handeln mehrere, so haften sie als Gesamtschuldner“.

Aber andere Gesetze behandeln den nicht rechtsfähigen Verein auch als ein allein für sich existierendes Gebilde. So heisst es im § 50, Abs. 2 der C. P. O. „Ein Verein, der nicht rechtsfähig ist, kann verklagt werden, in dem Rechtsstreite hat der Verein die Stellung eines rechtsfähigen Vereins,“ ferner in dem gleichfalls bereits herangezogenen § 735 C. P. O.: „Zur Zwangsvollstreckung in das Vermögen eines nicht rechtsfähigen Vereins genügt ein gegen den Verein ergangenes Urteil.“

Im nächstfolgenden Paragraphen ist die Rede von der Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen — ein nicht trüglicher Beweis dafür, dass nicht rechtfähiger Verein und Gesellschaft streng auseinander zu halten sind.

Endlich spricht auch die Konkursordnung im § 213 vom Konkursverfahren u. a. über das Vermögen „eines Vereins, der als solcher verklagt werden kann,“ also eines Vereins, der nicht rechtsfähig ist. —

So lassen schon diese äusserlichen Tatsachen erkennen, dass es einen Unterschied zwischen dem nicht rechtsfähigen Vereine und der Gesellschaft des B. G. B. gibt. Der Unterschied ist aber auch sichtbar, wenn wir die Merkmale, die

Eigenschaften beider Vereinigungen einander gegenüberstellen. Leider gehen bei dieser Grenzziehung die Ansichten der Juristen in einzelnen Punkten wiederum auseinander, sodass man das geschlossene Ganze dieser Partei vermissen muss. Hat man im konkreten Falle eine der beiden zu untersuchenden Rechtsgebilde vor sich, so wird man am zweckmässigsten zuerst die Mitglieder fragen, als was für eine der beiden Vereinigungen sie die ihrige angesehen wissen wollen. Von der durch die Antwort gegebenen Richtung aus wird man den Massstab anlegen. Es wird sich hierbei oftmals herausstellen, dass der Wille der Mitglieder nicht als ausschlaggebend anzuerkennen ist; denn es kann vorkommen, dass Personen, die einen Verein gründen wollen, eine derartige Verfassung aufstellen, dass ihre Schöpfung niemals ein Verein, sondern stets eine Gesellschaft sein muss. Ebenso ist der umgekehrte Fall denkbar, dass Personen, welche die Absicht haben, eine Gesellschaft zu gründen, einen Verein ins Leben rufen. Es ist also hieraus die Lehre zu ziehen, dass garnicht auf den Willen der Contrahenten bezw. Gründer zu sehen ist[25]), sondern nur auf die Ausführung des Willens, auf die Tat, und so stellt sich dann die Vereinigung entweder ohne oder sogar gegen den Willen der Mitglieder lediglich als dasjenige dar, dessen Merkmale sie an sich trägt.

Ein wichtiges Merkmal jeder Vereinigung ist ihr Zweck. — Der § 705 B. G. B., welcher ja auch auf den nicht rechtsfähigen Verein Anwendung findet, macht die Existenz der Gesellschaft nicht von der Verfolgung eines speziellen Zweckes abhängig, sondern spricht nur von der „Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise."

Blickt man auf die Zeit vor dem Inkrafttreten des B. G. B. zurück, so möchte man, den Quellen des gemeinen Rechts zu-

[25]) Anderer Ansicht v. Bülow, a. a. O. S. 6, Hachenburg, das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Vorträge, 2. Aufl., Mannheim 1900, S. 490/1, Swart a. a. O. S. 7, auch Knoke, a. a. O., aber entscheidend sei das „Gesamtbild."

folge, die nur von vermögensrechtlichen Zwecken der Gesellschaft sprechen und damit besonders die societas quaestus, die allgemeine Erwerbsgenossenschaft, im Auge haben, der Gesellschaft einen wirtschaftlichen Zweck unterschieben, während der Verein mehr ideale Tendenzen hat.

Der eine Teil der gemeinrechtlichen Schriftsteller will als Gesellschaft im eigentlichen Sinne nur auf gemeinschaftlichen Gewinn gerichtete Vereinigungen betrachten, während der andere als ersten Zweck der Gesellschaft wenigstens eine zwischen den Gesellschaftern zu begründende Vermögensgemeinschaft fordert. — Jedoch bereits im gemeinen Rechte ist allmählich das die herrschende Ansicht geworden, dass die Gesellschaft auch andere als vermögensrechtliche, wirtschaftliche Zwecke verfolgen kann. Der Zweck der Gesellschaft kann von der verschiedensten Art sein, wenn er nur erlaubt ist (s. insbesondere Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Band, 8. Aufl. 1900, S. 724, Ziffer 1 und S. 725 Ziffer 2). Der herrschenden Meinung des gemeinen Rechts schliessen sich die Motive[26]) an. Auch nach ihnen „kann der Gesellschaftszweck ein sehr verschiedenartiger sein . . . kein erlaubter Zweck ist nach dem Entwurfe ausgeschlossen.“ Und dem Entwurfe ist unser B. G. B. gefolgt. Durch seine Stellungnahme hat es die streitige Frage beseitigt, die sich in neuerer Zeit über die Stellung des Preussischen Allgemeinen Landrechts (A. L. R.) in dieser Hinsicht geltend gemacht hat, deren Erörterung hier aber nicht von Interesse ist.

Der Zweck ist also kein entscheidendes Unterscheidungsmerkmal zwischen dem nicht rechtsfähigen Vereine und der Gesellschaft; denn wie der Verein ideale und wirtschaftliche, politische und religiöse Zwecke, sofern sie nur erlaubt sind, verfolgen kann — vgl. die §§ 21, 22, 61 B. G. B. —, so ist dies auch der Gesellschaft vorbehalten.

---

[26]) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Band II. Amtliche Ausgabe. Berlin u. Leipzig 1888, S. 594.

Dasselbe ergibt sich für den Namen, der bei seiner Wichtigkeit für eine Vereinigung zur Unterscheidung beitragen könnte.

Wie schon aus dem § 54 B. G. B. folgt, ist für die Existenz des Vereins ein besonderer Vereinsname erforderlich[27]). Dieser ist u. a. vor allem im Prozesse notwendig: denn da das Prozessrecht Klage und Urteil gegen den nicht rechtsfähigen Verein kennt, so muss er im Prozesse auch in einer von dem Namen der einzelnen Mitglieder abweichenden Weise bezeichnet werden (cf. Gierke, a. a O. S 11, Hachenburg a. a. O. S. 488). Aber der Name ist nicht etwa ein Privilegium für den Verein; auch eine blosse Gesellschaft kann einen solchen führen[28]).

Nun wollen manche ein Criterium des Vereins und der Gesellschaft in der grösseren oder geringeren Anzahl der Mitglieder sowie in der entweder offen gelassenen oder geschlossenen Anzahl derselben erblicken. Es soll nicht verkannt werden, dass man in der Regel eine Vereinigung mit einer geschlossenen Mitgliederzahl als eine Gesellschaft, eine solche mit einem wechselnden Bestande der Mitglieder als einen Verein anzusehen hat. Aber wir können nicht wie Meurer[29]) den Schwerpunkt bei der Begriffsbestimmung der Gesellschaft und des nicht rechtsfähigen Vereins in erster Linie in die Geschlossenheit der Mitglieder legen oder wie v. Staudinger[30]) „die bei Vereinen im Prinzipe nicht geschlossene Mitgliederzahl, den

---

[27]) Anderer Meinung Nussbaum, a. a. O. Seite 345.

[28]) So auch Cosack, der in seinem Lehrbuche des Handelsrechts S. 724/5 von dem „minderkaufmännischen Gewerbebetriebe mehrerer Personen in gemeinsamem Namen" spricht, worunter nur, wenn eine solche Vereinigung nicht etwa ein nicht rechtsfähiger Verein ist, eine Gesellschaft des B. G. B. verstanden werden kann.

[29]) Meurer, a. a. O. 1901, S. 64.

[30]) v. Staudinger, Das Vereinsrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche 1897, S. 35 und „Zur Rechtsnatur der nicht rechtsfähigen Vereine im Bürgerlichen Gesetzbuche" — in der Deutschen Juristen-Zeitung, 5. Jahrgang. Berlin 1900 S. 377: „innerhalb der Satzungsvorschriften unbeschränkte oder doch individuell nicht abgeschlossene Zahl von Mitgliedern.

möglichen Wechsel des Bestandes derselben“ als „das dem Vereinsbegriffe entsprechende Hauptcriterium“ anerkennen.

Wie jedes Prinzip, so kann auch das der nicht geschlossenen Mitgliederanzahl durchbrochen werden, und man kann sich sehr wohl Vereine mit geschlossener Mitgliederanzahl vorstellen [31])

Andererseits ist bei Gesellschaften die Mitgliederzahl durchaus nicht immer eine geschlossene; der Eintritt von neuen Mitgliedern ist nicht undenkbar. Tritt ein Mitglied in eine schon bestehende Gesellschaft ein, so werden dieselben Vorschriften wie bei der Begründung der Gesellschaft in Anwendung kommen: Es wird mit dem Aufzunehmenden ein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen, in welchem er sich in der Regel verpflichten müssen wird, dieselben Rechte und Pflichten zu übernehmen, welche die anderen Gesellschafter bereits haben.[32])

Ferner kann u. E auch die möglichenfalls verschiedenartige Fortdauer des Bestehens nicht als Unterschied der fraglichen Verbände gelten. Es wird zwar eine Gesellschaft regelmässig ein kurzes, nur auf die Erreichung eines gewissen Zweckes gerichtetes Bestehen haben, welches von der Individualität der Begründer abhängig zu sein pflegt; der Verein hingegen ist fast immer zu längerer Dauer bestimmt und meist unabhängig von der Person der Begründer sowie von dem Wechsel der Mitglieder. Aber diese beiden Momente können auch sehr gut umgekehrt eintreten.

Will man weiter in der Notwendigkeit eines Vorstandes und eines Beschlussorganes für den Verein ein Unterschiedsmerkmal anführen, so kommt man zu demselben Resultat; denn es bleibt auch der Gesellschaft, da das Gesetz nichts Bestimmtes hierüber vorschreibt, unbenommen, ihre Stellung durch einen Vorstand und Einführung von Mehrheitsbeschlüssen zu kräftigen.

---

[31]) vgl. die Beispiele Gierkes, a. a. O. S. 11. —

[32]) vgl. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, I. Band, 2. Aufl. Berlin 1898 S. 104.

Der nicht rechtsfähige Verein hat aber folgende ihm allein eigentümliche Eigenschaften, die der Gesellschaft nicht zukommen:

Die eine haben wir bereits oben kennen gelernt: Die Haftung des Vereinsvermögens, die in einer Hinsicht, abgesehen von der Sonderhaftung des oder der für den Verein Handelnden, verschieden ist von der Haftung des Gesellschaftsvermögens. (s. S. 21/22).

Dann aber der Fundamentalcharakter des Vereins: Während wir die Gesellschaft als ein Rechtsverhältnis betrachten müssen, ist der Verein seinem wirklichen Wesen nach eine Körperschaft. Das gilt nicht bloss vom rechtsfähigen, nein, auch vom nicht rechtsfähigen Vereine! Allerdings erkennt die Rechtsordnung den nicht rechtsfähigen Verein als eine Körperschaft nicht an; aber der nicht rechtsfähige Verein ist „ein Gebilde, das Körperschaft wäre, wenn das System der freien Körperschaftsbildung gälte." (Gierke a. a. O.) Ein Verein wird sich stets dadurch erkenntlich machen, dass das einzelne Mitglied hinter der Gesamtheit der Mitglieder, d. i. dem Vereine selbst, vollständig verschwindet, während bei der Gesellschaft jedes einzelne Mitglied notwendiger Bestandteil ist und nie hinter der Gesellschaft als solcher verschwindet. Infolgedessen kann diese dem einzelnen Gesellschafter nie in ihrer Gesamtheit gegenübertreten, was bei dem Vereine, ganz gleichgiltig ob rechtsfähig oder nicht, der Fall ist: Er steht dem Einzelnen als einheitliches Ganzes gegenüber. Als solches gibt er sich und wird er im Verkehre auch genommen.[33]) Beide Vereine sind miteinander zu einem Gattungsbegriffe verbunden. Beide sind Wesenheiten gleicher Art, was man erkennen kann, wenn man sich die verschiedenartigen Lagen, in die ein Verein während seiner Existenz gelangen kann, konstruiert und vergegenwärtigt:

Das B. G. B. lässt jedem Vereine die freie Wahl, ob er sich um die Erlangung der Rechtsfähigkeit bewerben, oder ob

---

[33]) cf. v. Bülow, a a. O. S. 6. Eck, a. a. O. S. 49, Gierke a. a. O. S. 12.

er als Verein ohne Rechtsfähigkeit existieren will. Die Erlangung der Rechtsfähigkeit, sei es durch Eintragung in das Vereinsregister oder sei es, wie es bei dem für uns in Frage kommenden Vereine geschehen müsste, durch staatliche Verleihung ist meist mit grossen Schwierigkeiten verbunden. Und so wird dieser oder jener Verein — insbesondere aber ein sogenannter idealer Verein — sich wegen der bevorstehenden Mühen garnicht nach einer Eintragung sehnen, sondern gern auf die Vorteile, die ein mit Rechtsfähigkeit ausgestatteter Verein geniesst, verzichten.

Andere Vereine hingegen, die gern rechtsfähig sein möchten, werden, da sie Zwecke verfolgen, wegen deren die Verwaltungsbehörde Einspruch gegen ihre Eintragung erheben könnte — z. B. politische, sozialpolitische oder religiöse Vereine —, gleichfalls die Mühseligkeiten, die mit einer etwaigen Zurückweisung ihres Antrages auf Eintragung verbunden sind, scheuen und weiter — wie zuvor — als nicht rechtsfähige (oder freie) Vereine bestehen bleiben. Ferner kann die oftmals wenig erfreulichen Verhandlungen mit den zuständigen Behörden ausgesetzte Frage, ob der Zweck eines Vereins auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist oder nicht, einen Verein sehr häufig bestimmen, ohne Rechtsfähigkeit sein Dasein zu führen.

Auf der anderen Seite haben diejenigen Vereine, die um Erlangung der Rechtsfähigkeit bereits eingekommen sind und schon existieren, vor ihrer Eintragung resp. vor der Verleihung der Rechtsfähigkeit, d. h. also in der Schwebezeit, auch die Stellung eines nicht rechtsfähigen Vereins.

Endlich kommen wir auf den allerdings nicht ganz unbestrittenen Fall, dass Vereine, die rechtsfähig gewesen sind, ihre Rechtsfähigkeit aber verloren haben, sich in der Regel nicht gänzlich auflösen, sondern in der Folgezeit als nicht rechtsfähige Vereine bestehen bleiben werden.

Allen nicht rechtsfähigen Vereinen bleibt es nun vorbehalten, sich durch ihre Satzungen eine möglichst angenehme Existenz zu verschaffen und sich den rechtsfähigen Vereinen

möglichst zu nähern, sodass auch sie den grössten Teil der Vorteile der „Rechtsfähigkeit" geniessen können und schliesslich nur in folgenden drei Punkten von ihnen wesentlich verschieden sein werden: Einmal hinsichtlich solcher Rechte, zu deren Erwerbe die Eintragung ins Grundbuch erforderlich ist. Während sich nämlich der rechtsfähige Verein als solcher ins Grundbuch eintragen lassen kann, ist der nicht rechtsfähige Verein als solcher nicht eintragungsfähig, sondern nur die einzelnen Mitglieder können sich, wie bereits erörtert, eintragen lassen. (cf. S. 19). —

Dann in Bezug auf die Stellung im Prozesse: Der nicht rechtsfähige Verein hat nur halbe Parteifähigkeit; er kann nur verklagt werden, der rechtsfähige Verein hingegen kann sowohl klagen als auch verklagt werden.

Endlich bezüglich der persönlichen Haftung des im Namen des nicht rechtsfähigen Vereins Handelnden (meist Vorstandes), während bei Rechtsgeschäften, welche der Vorstand des rechtsfähigen Vereins kontrahiert, der Verein als solcher haftet, wenn in seinem Namen gehandelt wird.[34])

Aus diesen Kombinationen geht hervor, dass der Verein nie sein wahres Wesen als Verein verliert, mag er auch „im Laufe seines Daseins zeitweise der einen oder der anderen Klasse" — der Klasse der nicht rechtsfähigen oder der rechtsfähigen Vereine — „angehören" (Gierke S. 12). —

Auf dieser Eigenschaft des nicht rechtsfähigen Vereins als einer Körperschaft seinem wirklichen Wesen nach beruht dasjenige, was wir als Hauptkriterium des Vereins gegenüber der Gesellschaft ansehen: Die körperschaftsähnliche Verfassung, „eine ihrem Gesamtinhalte nach als Körperschaftsverfassung erscheinende Einrichtung" (Gierke),[35]) welche die

[34]) cf. auch Planck a. a. O. S. 105, Anm. m zum § 54, Eck a. a. O. S. 85/86.

[35]) Ebenso u. a. Dernburg, Schuldverhältnisse II, 2 S. 531: Der nicht rechtsfähige Verein gebe sich eine korporative Verfassung und trete im Verkehre als Korporation auf, freilich ohne die staatliche Anerkennung als Korporation zu finden. Gareis, Allgemeiner Teil, S. 65/66: ein nicht

Gesellschaft nie haben kann. Wenn eine Vereinigung, die sich nicht rechtsfähiger Verein nennt, eine solche nicht hat, wenn sie bei ihrer Gründung oder Ausgestaltung nicht Statuten aufstellt, welche das gewöhnliche Gesellschaftsrecht im Sinne des Körperschaftsrechts abändern, dann ist sie niemals ein Verein.

§ 7.

Wir haben nunmehr festgestellt und bewiesen, einerseits dass der nicht rechtsfähige Verein nicht identisch ist mit der Gesellschaft des B. G. B., andererseits, dass die offene Handelsgesellschaft ihrem Wesen nach eine Gesellschaft ist.

Lebten wir in der Zeit vor der Geltung des neuen H. G. B., dann könnten wir als Folgerung insbesondere der Auffassung von Laband, v. Hahn und anderen Juristen, welche in der offenen Handelsgesellschaft zwar nach aussen eine Gesellschaft erblickten, die es aber der betreffenden Gesellschaft freiliessen, im Inneren ein Gesellschaftsverhältnis zu begründen oder nicht, eventuell in dem ein Handelsgewerbe betreibenden nicht rechtsfähigen Vereine eine offene Handelsgesellschaft erblicken; denn u. E. muss es den einzelnen durch die offene Handelsgesellschaft verbundenen Personen, wenn sie überhaupt kein Sozietätsverhältnis nach innen einzugehen brauchen, und wenn über ihre innere Konstitution keine entgegenstehenden Bestimmungen bestehen, konsequenterweise freisteben, eine ihnen beliebige Verbundenheit — also auch einen Verein — unter einander zu schliessen. Mithin kommen wir bei diesen Erwägungen zu dem Schlusse, dass ein nicht rechtsfähiger Verein, der ein Handelsgewerbe betreibt, seiner Organisation und seiner Verfassung

---

rechtsfähiger Verein werde sich „unter einer der Körperschaftsorganisation sich mindestens stark nähernden Verfassung konstituieren". Frh. von Heintze, a. a. O. S. 14. Nussbaum, a. a. O. S. 342. Meurer, a. a. O. S. 69, der aber als Voraussetzung für die Existenz eines Vereins drei Bedingungen aufstellt: Mitgliederwechsel, Organisation, Vorstandschaft. Aber die Erfüllung dieser drei Bedingungen macht für M. noch nicht das allein Entscheidende aus. Er betrachtet vielmehr als „den Schlüssel der Lösung" dieser Unterscheidungsfrage, „dass bei einer Gesellschaft nur als Ausnahme vorkommen könne, was bei dem Vereine natürlich und selbstverständlich sei."

nach, kurz seinem inneren Wesen nach ein Verein bleiben und trotzdem im Verkehre mit der Aussenwelt eine offene Handelsgesellschaft sein kann. Aber diese Folgerung erscheint doch gewagt.

Für uns ist das neue H. G. B. massgebend, welches, wie schon wiederholt hervorgehoben, die offene Handelsgesellschaft als eine Gesellschaft selbst charakterisiert. Infolgedessen lässt sich mit Rücksicht darauf, dass ein nicht rechtsfähiger Verein an und für sich keine Gesellschaft ist, nicht einsehen, warum ein derartiger Verein, dessen einzelne Mitglieder als solche ein Handelsgewerbe betreiben, mithin Kaufleute sind und in dieser ihrer Eigenschaft unter die Vorschriften des H. G. B. fallen, eine offene Handelsgesellschaft, eine Art der Gesellschaft des B. G. B. sein soll. Wir behaupten vielmehr, indem wir unsere Hauptbegründung noch einmal kurz zusammenfassen:

Ein nicht rechtsfähiger Verein, der ein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 des H. G. B. betreibt, ist unter Zugrundelegung des Grundsatzes, dass ein nicht rechtsfähiger Verein an sich keine Gesellschaft ist, keine offene Handelsgesellschaft.[36])

---

[36]) cf. Gierke in seinem Vortrage über „Handelsgesellschaftsrecht und Bürgerliches Recht" (gehalten am 15. XII. 1900 in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin), abgedruckt im Archiv für bürgerliches Recht, 19. Band, Berlin 1901, S. 136.

Hauptgegner Staub, a. a. O., S. 1035/1036, Anm. 84.

Es fragt sich ferner, ob ein nicht rechtsfähiger Verein angehalten werden kann, sich als offene Handelsgesellschaft eintragen zu lassen, wenn er ein gewerbliches Unternehmen betreibt, das die Voraussetzungen des § 2 des H. G. B. erfüllt.

Nach dem alten H. G. B. konnte nur derjenige Kaufmann sein, der die in den Artikeln 271 und 272 aufgezeichneten Geschäfte gewerbsmässig betrieb. Es zeigte sich in der gewaltigen Entwickelung des Handelsverkehrs, dass diese Grenze der Kaufmannseigenschaft zu eng gezogen war. Infolgedessen erweiterte das neue H. G. B. den Begriff des Kaufmanns über die Grenzen des alten H. G. B. hinaus.

Eine Notwendigkeit, die Handelsgrundgeschäfte zu vermehren, lag nicht vor. Das neue H. G. B. hat sich infolgedessen damit geholfen, dass es anstatt einer weiteren Spezialisierung der Handelsgrundgeschäfte eine Generalklausel geschaffen hat, die es ermöglicht, jedes seinem inneren Wesen nach kaufmännische Unternehmen unter die Vorschriften des Handelsrechts zu stellen und als Voraussetzung der Erlangung der Kaufmannseigenschaft, soweit die Grenze des alten H. G. B. überschritten wird, einerseits die Art und den Umfang des Geschäftsunternehmens, andererseits die Eintragung der Firma in das Handelsregister aufgestellt hat.

Dadurch sind Handelsgewerbe als solche geschaffen worden, die nicht schon durch die Art, die den Gegenstand des Gewerbebetriebes bildet, als Handelsgewerbe gelten, sondern welche erst dann als solche angesehen werden, wenn die Firma dessen, der sie betreibt bezw. unternimmt, in das Handelsregister eingetragen worden ist.

Zu dieser Eintragung aber kann nun der betreffende gewerbliche Unternehmer teils „angehalten werden“ (Fall des § 2 H. G. B.), teils hat er dazu nur ein Recht (Fall des § 3 H. G. B.).

Wir beschäftigen uns nur mit der erstgenannten Art.

Die Voraussetzungen des § 2 H. G. B. sind also, um sie noch einmal zu wiederholen:

1. ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert,
2. die Eintragung der Firma des Unternehmers in das Handelsregister.

Unter „gewerbliches Unternehmen“ ist nichts anderes zu verstehen als dasjenige, was im § 1 H. G. B. mit „Gewerbebetrieb“ bezeichnet ist. Es ist also vor allem notwendig, dass ein Gewerbe vorliegt, und zwar dem § 2 entsprechend: ein Unternehmen, das kaufmännischen Betrieb erfordert. Wie nun dieser beschaffen sein muss, darüber lässt sich keine allgemeine Norm aufstellen, vielmehr hängt dies von dem gewerblichen Unternehmen selbst, von dessen Art und Umfang ab, es ist also eine quaestio facti.

In der Regel wird man unter einer kaufmännischen Einrichtung eine kaufmännische Buchführung und Korrespondenz, die Führung einer Firma sowie die Beschäftigung von Hilfspersonal verstehen. Ist der Umfang des Betriebes ein sehr grosser, so werden der Ordnung und Übersicht halber noch Kontrollpersonen angestellt sein, auch wird ein Kontokurrent- und Checkverkehr mit einem Bankhause, ferner Wechselverkehr u. s. w. stattfinden.[37]) Das Wesentliche aber ist, dass dieser Betrieb ein Grossbetrieb ist. Wenn hierauf u. E. im § 2 schon das Wort „Unternehmer“ hindeutet, so wird durch den Begriff

---

[37]) cf. auch Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. V. 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. I. Band. Mannheim 1899, S. 39.

„Umfang“ noch besonders hervorgehoben, dass der Geschäftsbetrieb ein über den Kleinbetrieb hinausgehender sein muss.[38])

Der „Umfang“ allein aber bildet für den Betrieb kein hinreichendes charakteristisches Kennzeichen. Nach dem Gesetze ist noch „die Art“ entscheidend. Staub (S. 63) hält die „Kumulierung von Art und Umfang“ für bedeutungslos und will, wenn überhaupt eins dieser Merkmale, deren ausdrückliche Betonung er für nicht erforderlich erachtet, von Bedeutung sein soll, nur den Umfang gelten lassen. U. E. genügt das nicht. Es ist auch auf die „Art“ des Betriebes Gewicht zu legen.

Der Umfang deutet nur auf das Grosse hin. Wahrhaft kaufmännisch ist aber erst ein Betrieb, wenn dessen Art es bedingt und so beschaffen ist, dass die einzelnen Geschäfte derselben Kategorie wie Glieder einer Kette ineinander greifen. Das ganze Unternehmen muss klipp und klar geordnet sein, sodass alle Beteiligten über die herrschende Geschäftslage und damit über die geschäftlichen Verhältnisse des Unternehmers in gewissem Sinne, d. h. soweit es angängig ist und sich mit dem Zwecke des betreffenden Instituts verträgt, orientiert sind (cf. Denkschrift S. 5)

Fehlt eine solche Art, dann sind, auch wenn ein gewerbliches Unternehmen quantitativ derartig gestaltet ist, dass es einer kaufmännischen Einrichtung bedürfte, die Voraussetzungen des § 2 H. G. B. nicht erfüllt.[39])

Ein weiterer Bestandteil der Erfüllung der Voraussetzungen des § 2 ist das „Erfordernis“ eines nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes. Hierin liegt ausgesprochen, dass es nicht etwa darauf ankommt, dass

---

[38]) cf. Denkschrift S. 12 und 18 sowie Düringer-Hachenburg S. 39, Goldmann, das Handelsgesetzbuch vom 10. V. 1897, I. Band 1901, S. 21, Lehmann-Ring a. a. O. S. 31, Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar, I. Band, 12. Auflage, Berlin 1901, S. 15, Staub a. a. O. S. 64 (Anm. 8.).

[39]) cf. auch Düringer-Hachenburg S. 39, Goldmann, S. 21, Lehmann-Ring, S. 30/31, Makower S. 15.

das gewerbliche Unternehmen eine Einrichtung hat, wie sie im Betriebe von Kaufleuten üblich ist, sondern darauf, dass es eine solche erfordert. Und hieraus folgt wiederum, dass der Betrieb bereits vorliegen und ein derartiger sein muss, dass eine geordnete Geschäftsführung ohne kaufmännische Einrichtungen unmöglich ist. Mithin fällt ein Unternehmer dadurch, dass er sein „Geschäft" in kaufmännischer Weise einrichtet, noch nicht unter den § 2; esist vielmehr erst zu untersuchen, ob denn das Unternehmen überhaupt einen derartigen Geschäftsbetrieb erfordert.

Ist dies aber der Fall, dann kann der Unternehmer in öffentlichem Interesse nach dem § 2 gezwungen werden, Kaufmannseigenschaft zu erwerben. Mit anderen Worten: Es hängt bei dem in Frage kommenden Betriebe nicht vom Belieben des Unternehmers ab, ob er seine Firma ins Handelsregister eintragen und dadurch seinen Gewerbebetrieb zu einem Handelsgewerbe machen, ob er sein Geschäft kaufmännisch einrichten und sich den Charakter eines Kaufmannes beilegen will, sondern er ist verpflichtet, seine Firma[40]) ins Firmenregister eintragen zu lassen und die sich hieran knüpfenden Folgen — so insbesondere die im § 38 H. G. B. bezeichneten Pflichten — zu übernehmen.

Ist die Eintragung erfolgt, so hat sie konstitutive Wirkung: Die Eintragung an sich erzeugt Kaufmannsqualität. Ohne Eintragung kein Kaufmann im Falle des § 2 H. G. B. Eine Publikation der Eintragung zur Begründung der Kauf-

---

[40]) Mit der Bezeichnung „Die Firma" hat u. E. das Gesetz schon etwas vorgegriffen; denn zur Führung einer „Firma" ist nur ein Kaufmann berechtigt. Der zur Anmeldung verpflichtete Unternehmer ist aber noch nicht Kaufmann, sondern er wird es erst durch die Eintragung des Namens, unter welchem er sein Unternehmen betreibt. Und dieser Name des Unternehmers, d. i. der Name des Unternehmers als solchen — nicht dessen Familienname als solcher — ist unzweifelhaft vom Gesetzgeber gemeint. Erst wenn dieser Name eingetragen ist, wird er Firma. Cf. hierüber auch Lehmann-Ring, S. 32. —

mannseigenschaft ist also nicht erforderlich. (Aber § 15 H. G. B.!)

Eine andere Folge der konstitutiven Wirkung der Eintragung ist diejenige, dass dem gegenüber, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden kann, dass das unter der eingetragenen Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei, oder dass es zu den Klein- oder Handwerksbetrieben im Sinne des § 4 Abs. 1 gehöre (§ 5 H. G. B.)

Dies sind im wesentlichen die Voraussetzungen des § 2 H. G. B.

§ 9.

Erfüllt sie ein nicht rechtsfähiger Verein, so muss er — bezw. die einzelnen Mitglieder — sich ins Handelsregister eintragen lassen, wozu ihn nach dem § 14 H. G. B. das Registergericht anhalten kann. Kann er aber angehalten werden, sich als offene Handelsgesellschaft eintragen zu lassen?

Nach dem § 2, Satz 2 H. G. B. ist „der Unternehmer verpflichtet, die Eintragung nach den für die Eintragung kaufmännischer Firmen geltenden Vorschriften herbeizuführen."

Der § 2 kommt nicht nur für einzelne physische, sondern auch für juristische Personen und für Gesellschaften in Anwendung. Die Denkschrift (S. 12) erwähnt aber bei dieser Gelegenheit den nicht rechtsfähigen Verein nicht. Und das ist für uns auch ein Beweis für die Richtigkeit unserer früheren Ausführungen, dass nämlich ein nicht rechtfähiger Verein als solcher kein Handelsgewerbe betreiben kann. Folglich kann er auch nicht für den § 2 in Betracht kommen. Also kann er auch nicht angehalten werden, seinen Vereinsnamen, unter welchem er das fragliche Unternehmen betreibt, zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden.

„Unternehmer" sind vielmehr die einzelnen Mitglieder. Sie können alle einzeln, ein jeder für sich, verpflichtet werden, ihren Vereinsnamen als ihre eigene Firma eintragen zu lassen; denn unter diesem Namen betreibt ein jeder von ihnen als Mitglied das gewerbliche Unternehmen. Bei der Eintragung kommt es nicht darauf an, ob jedes Mitglied an dem Unter-

nehmen aktiv teilnimmt, oder ob dieses oder jenes Mitglied von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist. Ein jedes von ihnen ist einzutragen; denn der nicht rechtsfähige Verein stellt ja die Summe aller Mitglieder dar.[41])

Formell wird diese Eintragung einigen Schwierigkeiten unterliegen. Die Eintragung ist „nach den für die Eintragung kaufmännischer Firmen geltenden Vorschriften herbeizuführen". Da nur die Personen als Einzelpersonen ins Handelsregister eingetragen werden, müssten die Vorschriften in Anwendung kommen, die hinsichtlich der Eintragung für den Einzelkaufmann massgebend sind; es müsste also vor allem — unter Ausserachtlassung von Detailvorschriften — der § 29 H. G. B. berücksichtigt werden, nach welchem der zur Eintragung Verpflichtete „seine Firma und den Ort seiner Handelsniederlassung bei dem Gerichte, in dessen Bezirk sich die Niederlassung befindet, zur Eintragung in das Handelsregister" anzumelden und „seine Firma zur Aufbewahrung bei dem Gerichte" zu zeichnen hat.

Das einzelne Mitglied würde als Ort seiner Handelsniederlassung denjenigen eintragen lassen, von welchem aus der Verein seine Hauptgeschäfte betreibt. Das ist die Hauptniederlassung, die Centralstelle, in welcher sich alle Fäden des Unternehmens, mögen sie auch noch so weit ausgesponnen sein, vereinigen. Bei dem Gerichte dieser Hauptniederlassung wäre die Eintragung zu bewirken.[42])

[41]) Sollte der Verein zum Zwecke des Betriebes seines Handelsgewerbes einen offenen Laden haben, so könnte in diesem Falle ein Curiosum eintreten: Besteht der Verein z. B. aus zwanzig Mitgliedern, so kann die Polizeibehörde nach dem § 15a, Abs. 1 und 2 Gew.-O. die Nennung und Anbringung der Namen aller Mitglieder an dem Laden anordnen. Es dürfte dies ein seltsames Bild geben. — In der Regel wird die Polizeibehörde von erwähnter Vorschrift nicht Gebrauch machen, sondern nach dem § 15a Abs. 4 die Aufnahme der Namen von 2 Mitgliedern mit einem das Vorhandensein weiterer Beteiligter andeutenden Zusatze verfügen. —

[42]) Berlin bildet hier eine Ausnahme: Die Berliner Amtsgerichte führen auch für verschiedene Vororte, so z. B. für Charlottenburg, obwohl sich dort auch ein Amtsgericht befindet, die Firmen- usw. -Register. — Hinsichtlich der Zweigniederlassung s. § 13 H. G. B.

Wie bereits erwähnt, hat nun aber jedes Mitglied den Vereinsnamen als seine Firma eintragen zu lassen. Durch eine blosse Wiederholung dieses Namens würde das Firmenregister ein wenig anschauliches Bild bieten. Infolgedessen dürfte es am zweckmässigsten sein, wenn bei der Eintragung nicht nach dem § 29 H. G. B., sondern nach dem Muster der Eintragung der offenen Handelsgesellschaft verfahren würde, da die §§ 106—108 H. G. B. zweifellos für unseren Fall am anpassungsfähigsten sind.

So kann es kommen, dass die Eintragung des in Rede stehenden Vereins äusserlich nach dem Vorbilde der offenen Handelsgesellschaft eingetragen wird. Aber sein Inneres wird dadurch nicht berührt; denn **wie der nicht rechtsfähige Verein nie eine offene Handelsgesellschaft ist, so kann er auch nie angehalten werden, sich, wenn er auch Geschäfte betreibt, die vollständig in den Rahmen des H. G. B. gehören, als offene Handelsgesellschaft eintragen zu lassen.**[43])

§ 10.

Es mag das Ergebnis, zu welchem wir gelangt sind: Ein nicht rechtsfähiger Verein kann in Rücksicht darauf, dass ein Verein niemals eine Gesellschaft und daher auch nie eine offene Handelsgesellschaft ist, nicht angehalten werden, sich als offene Handelsgesellschaft eintragen zu lassen, auch wenn er ein gewerbliches Unternehmen betreibt, das die Voraussetzungen des § 2 H. G. B. erfüllt, — ein wenig befriedigendes sein. Dieser oder jener wird sich daher Staub anschliessen, dessen Ansicht vielleicht in der Praxis besser und leichter durchführbar ist.[44])

Das Bild, das sich uns an der Hand der Darstellung des zweiten Teils unserer Abhandlung aufrollen kann, ist, wie wir selbst eingestehen müssen, ein eigenartiges: Es haben

---

[43]) Anderer Meinung insbesondere Staub, Anm. 84, letzter Absatz und Anm. 85 S. 1036.

[44]) s. Staub selbst, S. 1036, Anm. 84, 7. Absatz.

sich z. B. mehrere Unternehmer, nehmen wir Bauunternehmer an, zu einem nicht rechtsfähigen Vereine zusammengeschlossen, um unter ihrem Vereinsnamen Bauterrain zu kaufen, Häuser aufzubauen und mit Gewinn zu verkaufen.

Dieses gewerbliche Unternehmen, der schwunghafte Handel mit den Grundstücken, nimmt bald einen derartigen Umfang an, dass es einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb: Einrichtung von kaufmännischen Bureaux, Anstellung von Buchhaltern zur ordnungsmässigen Führung der Geschäftsbücher, Wechselverkehr u. s. w. erfordert. Infolgedessen müssen die Bauunternehmer ihren Vereinsnamen als ihre Firma ins Handelsregister eintragen lassen. Sie werden also in ihrer Eigenschaft als Mitglieder des geschilderten Vereins Kaufleute und fallen als solche unter die Vorschriften des H. G. B.

Das Institut aber, dem sie ihre Kaufmannseigenschaft verdanken, ist nicht dem Handelsgesetzbuche unterworfen und kann ihm auch nicht unterworfen werden. Es kann als solches nicht ins Handelsregister eingetragen werden. Es klingt fast paradox, dass die Vereinigungsform, unter deren Namen im Handelsverkehre ein gewaltiges Handelsgewerbe betrieben wird, nicht rechtsfähig ist, dass sie nicht die Fähigkeit hat, selbst Rechte zu erwerben und Verpflichtungen zu übernehmen, und dass auf sie nicht die hinsichtlich der Kaufleute gegebenen Vorschriften Anwendung finden, während die Glieder, aus denen sie zusammengesetzt ist, und welche sie als ihre Umhüllung gebrauchen, die Kaufmannseigenschaft mit ihren Rechten und Pflichten haben.

Infolge dieser Darstellung kann man Besorgnisse hegen, mit einem derartigen Gebilde in rechtsgeschäftliche Beziehungen zu treten, da man ja befürchten muss, nicht genügend geschützt zu sein. Hier hat aber der Gesetzgeber geholfen, dadurch dass er Kautelen geschaffen hat, die wir als die Sondervorschriften des nicht rechtsfähigen Vereins kennen gelernt haben (s. bes. S. 26).

Die Misslichkeit der Lage eines nicht rechtsfähigen Vereins, der ein Handelsgewerbe im Sinne des H. G. B. im Grossen betreibt, macht sich besonders im Aktivprozesse bemerkbar. Man kann aus der Behandlung des nicht rechtsfähigen Vereins seitens des Gesetzgebers im allgemeinen auf den Schluss kommen, dass dieser Verein möglichst gezwungen werden soll, sich Rechtsfähigkeit zu verschaffen. Viele Vereine seiner Art werden dem Zwange erliegen. Die anderen aber werden aus diesem oder jenem Grunde, wie wir bereits gesehen haben,[45]) nicht rechtsfähig. Und die Stellung dieser Vereine müsste mehr geschützt werden, zumal im Prozesse.

Vor allem müssen aber in prozessualischer Hinsicht die ein Handelsgewerbe betreibenden nicht rechtsfähigen Vereine eine bessere Stellung hinsichtlich des Aktivprozesses bekommen: sie müssen Aktivlegitimation erhalten; denn gerade der Handelsverkehr, welcher fast die Grundlage des menschlichen Lebens bildet, bringt es infolge seiner ungeheuren Verbreitung mit sich, dass in ihm am häufigsten ein Grund zur Entstehung von Rechtsstreitigkeiten vorkommt, die zu schlichten Sache des Zivilprozesses ist.

Und da ist es, wenn ein nicht rechtsfähiger Verein häufig in die Lage kommt, Schuldner verklagen oder sonst als Kläger einen Prozess führen zu müssen, schier unmöglich, dass die Mitglieder stets als Streitgenossen auftreten, oder dass als eine Umgehung dieser Form einem oder einigen Mitgliedern die Forderung seitens der übrigen Mitglieder im Namen des Vereins cediert wird. Es ist daher wohl ein berechtigter Wunsch, dass die Rechtsordnung einem Rechtsgebilde, welches sie existieren lässt, eine juristisch angenehme Lage verschafft, und dass sie nicht nur gestattet und zusieht, dass der nicht rechtsfähige Verein sich selbst durch seine Statuten eine solche zu bereiten sucht und auf alle möglichen Mittel sinnen muss, um seine Interessen wirksam durchsetzen zu können.

---

[45]) s. S. 37.

Zur Erreichung dieses Zieles ist es aber, um es nochmals zu betonen, in erster Linie notwendig, dass der nicht rechtsfähige Verein Aktivlegitimation erhält, also als solcher klagen kann.

Vielleicht kann hier die Praxis der Gerichte einsetzen und ein Gutes schaffen, indem sie fortgesetzt die nicht rechtsfähigen Vereine als Kläger auftreten lässt und so ein erfreuliches Gewohnheitsrecht schafft.

Wenn dieser Wunsch in Erfüllung geht, dann wird wohl allen Parteien am besten gedient sein.